Rafael de Oliveira Alves

Introdução ao Direito

[Projeto e-Mídia]

Belo Horizonte
2011

ALVES, Rafael, 1980-
Introdução ao Direito [Projeto e-Mídia] / Rafael de Oliveira Alves. Belo Horizonte, 2011.

ISBN: 978-85-912658-0-0 (PDF)
http://archive.org/details/IntroduoAoDireitoprojetoE-mdia

1. Direito. 2. Introdução ao direito
CDD: 340

Livro em formato A5.
Imprima em Papel A4 Formato folheto.

Projeto [e-Mídia] 5

Apresentação 6

Unidade 1 Fundamentos do Direito 7
Apresentação 8
Conceitos 9
Antígona 9
Direito, moral, ética 10
Direito e justiça 11
Elementos do direito 13
Norma jurídica 13
Ordem jurídica 16
Proposta de atividade 18
Anencefalia 18
União homoafetiva 19

Unidade 2 Direito Público e Organização do Estado 21
Apresentação 22
Estado de Direito 23
O Estado e o direito 23
Teorias do contrato social 25
Paradigmas do Estado moderno 26
Princípio da legalidade 28
A Constituição 31
Constituição e norma fundamental 31
Constitucionalismo 32
Constituição e os Poderes constituídos 34
Constituição e Federação 36
Proposta de atividade 39

Unidade 3 Direito Privado e Direitos Fundamentais 40
Apresentação..........41
Direitos Humanos..........42
Direito Público e Direito Privado..........42
Direitos Humanos, ontem e hoje..........43
Direitos Fundamentais..........45
Direito Privado..........47
Pessoa..........48
Bens..........50
Contrato..........52
Proposta de atividade..........54

Unidade 4 Transformações do direito e da sociedade 55
Apresentação..........56
Transformações do direito..........57
Direito e democracia..........60
Estado democrático..........60
Democracia na lei..........62
Estado participativo..........63
Direitos e conflitos..........64
O direito..........64
O conflito..........66
Proposta de atividade..........67

Créditos..........68

O **Projeto e-Mídia** pretende pesquisar, desenvolver e compartilhar recursos didáticos para o estudo conteúdos acadêmicos nas modalidades de educação presencial, a distância, ou mista.

As estratégias metodológicas e ferramentas de apoio são pesquisadas em fóruns coletivos, síncronos ou assíncronos, formais ou informais. Credita-se, aqui, a colaboração das reflexões dos membros do grupo TÉCHNE - Educação e Mediação Tecnológica.

O desenvolvimento de recursos didáticos apoia-se, preferencialmente, em ferramentas livres (open source). Tal opção fundamenta-se em razão da importância das liberdades de uso, de adaptação, de redistribuição e de compartilhamento das inovações a toda comunidade.

O compartilhamento dos recursos didáticos pretende ampliar as possibilidades de construção colaborativa de conhecimento. Por isso, adota-se licença criativa para uso e reuso não comerciais.

Agradeço o envio de críticas e sugestões para continuarmos essa conversa.

Atenciosamente,
Rafael de Oliveira Alves
rafael.alves@email.com
http://lattes.cnpq.br/0418174624930274

Olá,
Bem vindo à **Introdução ao Direito**. Este material foi elaborado a partir de experiências em educação a distância como alunos de Administração Pública da Universidade Federal de Ouro Preto.

Todavia, espera-se que este material possa ser apropriado e transformado por todos os interessados em conhecer os fundamentos do Direito, a partir de uma leitura crítica e contextualizada aos problemas brasileiros.

Para tanto, nossos principais **objetivos** são:

Conhecer os elementos da Teoria do Direito;
Compreender a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado;
Refletir sobre a Teoria do Estado e sobre a Organização do Estado;
Discutir as transformações do direito e da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, a proposta de estudo será apresentada em:

Unidade 1 - Fundamentos do Direito
Unidade 2 - Direito Público e Organização do Estado
Unidade 3 - Direito Privado e Direitos Fundamentais
Unidade 4 - Transformações do direito e da sociedade

Esperamos que você possa refletir sobre a especificidade das normas jurídicas e consiga utilizar os fundamentos jurídicos para a análise do Estado e da sociedade.

Atenciosamente,
Prof. Rafael

Unidade 1 Fundamentos do Direito

Olá,

Nesta primeira unidade vamos refletir os fundamentos da **Teoria do Direito.** Por isso, nosso estudo seguirá os tópicos:

[1] Conceitos fundamentais
Antígona
Direito, moral, ética
Direito e Justiça

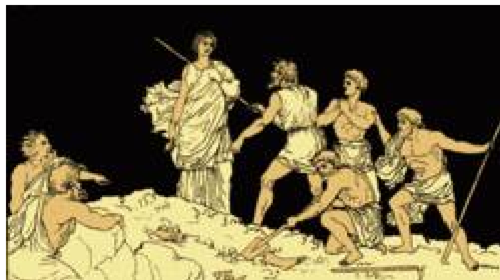
[2] Elementos do direito
Norma jurídica
Ordem jurídica

[3] Conflitos do direito
Anencefalia
União homoafetiva

Nossa conversa começará com o conflito vivido por Antígona, que, logo após a morte de seu irmão, teve que confrontar duas normas: a ordem do Rei Creonte e o dever imemorial.
Leia a peça "Antígona", de Sófocles, também disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/antigone.html

Bons estudos!
Prof. Rafael

Antígona



http://pt.wikipedia.org/wiki/Antígona

"Certamente! Pois não sabes que Creonte concedeu a um de nossos irmãos, e negou ao outro, as honras da sepultura? Dizem que inumou a Etéocles, como era de justiça e de acordo com os ritos, assegurando-lhe um lugar condigno entre os mortos, ao passo que, quanto ao infeliz Polinice, ele proibiu aos cidadãos que encerrem o corpo num túmulo, e sobre este derramem suas lágrimas. Quer que permaneça insepulto, sem homenagens fúnebres, e presa de aves carniceiras. Tais são as ordens que a bondade de Creonte impõe a mim, como também a ti, e, eu o afirmo: ele próprio virá a este sítio comunicá-las a quem ainda as ignore. Disso faz ele grande empenho, e ameaça, a quem quer que desobedeça, de ser apedrejado pelo povo. Tu ouviste o que eu te disse: virá o dia em que veremos se tens sentimentos nobres, ou se desmentes teu nascimento." (Sófocles. Antígona)

Questões para discussão:
Qual foi a ordem de Creonte? Por quê?
Qual era o interesse de Antígona? Por quê?
Qual era a ameça de Creonte?
O que você faria se fosse Antígona? Por quê?

Considerando um pressuposto geral das ciências sociais, a sociedade humana caracterizada pelos **conflitos** - tanto os de ordem política, quanto os de natureza econômica.

Tais conflitos questionam e colocam em risco a manutenção da **ordem** social, política e econômica instaurada.

Uma primeira forma de resolver conflitos é pelo uso da **violência** física. Contudo, a história da **civilização** indica a elaboração de sistemas mais complexos para resolução de conflitos e para a manutenção da ordem.

Assim, temos que distinguir o conteúdo e a utilidade de:

[a] Moral **[b] Ética** **[c] Direito**

Assista aos vídeos da série **"Ser ou não ser"**, produzido pela Rede Globo:

Ética e indiferença (29/10/2006) http://video.globo.com/
Proibições e erotismo (24/07/2005) http://video.globo.com/



Questões para discussão:
Qual a diferença entre moral e ética? A ética é o espelho da moral? O direito é a síntese da moral e da ética? Há diversas ordens morais? É possível a existências de éticas distintas? Como o direito convive com as outras ordens morais e éticas?

Para compreendermos o nosso objeto de estudo – o direito – é necessário utilizar dois conceitos:

[a] **Autonomia**
[b] **Heteronomia**

Didaticamente, podemos nos aproximarmos dizendo que a autonomia é oposta a heteronomia. Contudo, ao avançarmos o estudo, veremos que o direito convive com ambas categorias orientadas por um conjunto de princípios e regras.

Outra divisão clássica no estudo do direito diz respeito a:

[c] **Direito natural**
[d] **Direito positivo**

Lembramos, entretanto, que o **direito natural** apresenta diversas correntes de pensamento, desde o jusnaturalismo teocrático até o jusnaturalismo racional iluminista.

Todavia, o **direito positivo** assenta suas bases a partir da "Teoria pura do direito", de Hans Kelsen, que ao definir o direito como sistema fechado, influenciou diversas correntes a restringir o direito àquelas normas emitidas pelo Estado.

Aqui, portanto, devemos refletir sobre

[e] **Justiça**
[f] **Direito**.

Para complementar nossos argumentos, leia o verbete **Direito**:

In: Bobbio; Matteucci; Pasquino (orgs.). **Dicionário de política**. Brasília: UnB.

Após a leitura de algumas abordagens possíveis sobre o que é o direito, vamos adotar as provocações e os elementos de **Roberto Lyra Filho**:

> "Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência. Onde está a Justiça no mundo? -, pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por m bando, de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de "juristas", deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o "direito" deles não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nelas se misture, em maior ou menor grau); nem é nos princípios ideais, abstratos (embora às vezes também algo dela ali se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico, de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente."
> Lyra Filho, Roberto. 1982. O que é direito? São Paulo: Brasiliense. p. 55.



http://pt.wikipedia.org/wiki/Iustitia

Norma jurídica

Primeiramente, devemos considerar que nosso estudo não faz parte das ciências da natureza. Ao contrário, o direito compõe um dos setores das ciências humanas (ou ciências do espírito).

Assim sendo, o direito não segue a lógica da **causalidade**, mas, sim, a lógica da **normatividade**. Isto é, o direito regula-se como uma hipótese normativa.

Em outras palavras: o direito não tem a função de **descrever** de dizer **"o que é"**; ao contrário, o direito tem a função de **prever** o que **deve ser**.
Tal **hipótese normativa** típica do direito pode ser assim descrita:

***[Se "A", deve ser "B"*]**

Em que: "A" expressa algum **evento** passível de ser valorado pelo direito; e "B" indica uma consequência previamente estabelecida pelo direito. Alguns exemplos de "B" são: **permitir**, **proibir**, **facultar** etc.

Temos, assim, os fundamentos iniciais para compreender o direito: a **racionalidade** e a **previsibilidade**.

Todavia, alerta-se, não estamos, ainda, cuidando do **mundo sensível** ('concreto', 'físico' etc), mas do direito enquanto um **código simbólico** ('ideológico', 'mental' etc) que pretende regular as relações sociais.

Esses códigos simbólicos que expressam **hipóteses normativas** vem sempre acompanhados do elemento da **coação**. E, talvez, seja esse o distintivo do direito para outras ordens de regras:

O direito pressupõe uma **hipótese** e uma **ameaça** de coação.

Tal coação pode permanecer tão somente como hipótese, ou pode converter-se em **violência física**.

Assim, a norma jurídica ao mesmo tempo que afasta a violência e a imprevisibilidade, subjaz o **uso da força** para restabelecer a **ordem** que eventos não desejáveis ocorrem.



El Tres de Mayo de 1808, de Francisco de Goya
http://pt.wikipedia.org/wiki/Três_de_Maio_de_1808_em_Madrid

Uma abordagem mais complexa da estrutura da norma jurídica é apresentada por Miguel Reale por meio da **"Teoria Tridimensional do Direito"**. Basicamente, Reale diz que o direito é:

[a] **Fato**
[b] **Valor**
[c] **Norma**

Leia o trecho do livro: Reale, M. (2002). *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. pp. 64-67

Para o pleno funcionamento do direito precisamos que a

norma jurídica exista, seja válida e eficaz. Entretanto, as análise mais contemporâneas exigem, ainda, que a norma seja legítima, eficiente e efetiva.

Daí ser necessário discutir conceitos que afetam a aplicação do direito:

Existência
Validade
Legitimidade
Eficácia
Eficiência
Efetividade

Uma discussão pode ser obtida com: Moreira Neto, D. de F. (2008). *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum.

Questões para discussão:
Quais são os elementos do direito?
Quais são os limites do direito e da justiça?
Como você utiliza o direito? E a justiça?
O direito pode prever as como ocorrerão as ações humanas?
Por que um direito eficaz não é suficiente?



http://www.openclipart.org/people/worker/police_brutality.svg

As normas jurídicas são elementos que compõem um sistema - o ordenamento jurídico. Para definirmos a estrutura e o funcionamento desse sistema vamos discutir com **Bobbio** três atributos do ordenamento jurídico:

[a] **Unidade**
[b] **Coerência**
[c] **Completude**

Conheça a obra completa: Bobbio, N. (1995). *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB. De acordo com Bobbio, a **unidade** diz respeito a existência de um fundamento comum de validade a todas as normas de um mesmo sistema.

Desde a "Teoria Pura do Direito" (Kelsen) o ordenamento jurídico tem por pressuposto a existência de uma **norma fundamental**. Será essa norma fundamental que vai transmitir validade a todas as outras normas desde sua concepção e de forma hierárquica. De tal modo, uma norma somente será válida e integrante da ordem jurídica se houver uma norma superior que lhe conceda validade.

Operacionalmente, adotamos a **Constituição Federal** como nossa norma fundamental e por ela buscamos a unidade do sistema.

Diante disso, **rejeitamos** a existência de outros fundamentos legítimos para a normatividade. O que, em outras palavras, vem a significar que não admitimos como integrantes do sistema aquelas normas que não retiram validade da norma fundamental.

Por **coerência** constroem-se mecanismos de exclusão de **antinomias**. Ou seja, porque o sistema é uno, devemos afastar possíveis conflitos entre normas dentro do mesmo sistema.

Daí, nascem métodos variados para ajustar ou eliminar normas conflitantes. Veja o Decreto-lei 4657/1942 e sues métodos:

[a] norma posterior revoga a anterior;
[b] norma superior revoga a inferior;
[c] norma especial afasta a geral etc

Todavia, a **interpretação conforme a Constituição** tem a primazia sobre os demais métodos.

Por fim, a **completude** nega a existência de lacunas no ordenamento. Esse atributo nos leva a problematizar se o direito apresenta soluções (hipóteses normativas) para todos os campos de conflito social.

Classicamente, recomendava-se o uso de *analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do direito* (Decreto-lei 4657/1942, art. 4). Contudo, as lacunas aparentes são afastadas pelo conteúdo normativo da Constituição ou de outras leis; enquanto as lacunas reais apontam para conflitos ainda não regulados pelo direito.



Os dez mandamentos, de Rembrandt (1659)
http://pt.wikipedia.org/wiki/Dez_Mandamentos

Qual é a a unidade, a completude e a coerência do sistema dos Dez Mandamentos?

Anencefalia

Notícias STF Sexta-feira, 04 de março de 2011

Anencefalia: ministro Marco Aurélio libera processo para julgamento

O ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) que trata de um dos temas mais polêmicos em tramitação no Supremo Tribunal federal (STF) - a possibilidade de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos (sem cérebro) - concluiu seu voto e liberou o processo para que entre na pauta de julgamentos plenários, ainda sem data prevista.

A ação foi ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que defende a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo. A CNTS alega ofensa à dignidade humana da mãe o fato de ela ser obrigada a carregar no ventre um feto que não sobreviverá depois do parto. A questão é tão controversa que foi tema de audiência pública em 2008 no STF, que reuniu representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil.

A audiência pública foi concluída após quatro dias de discussões, sob a condução do ministro Marco Aurélio, nos quais os defensores do direito das mulheres de decidir sobre prosseguir ou não com a gravidez de bebês anencéfalos puderam apresentar seus argumentos e opiniões, assim como aqueles que acreditam ser a vida intocável, mesmo no caso de feto sem cérebro. Foram ouvidos representantes de 25 diferentes instituições, ministros de Estado e cientistas, entre outros, cujos argumentos servem de subsídio para a análise do caso por parte dos ministros do STF. (VP/EH) Fonte:

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173588

Questões para o debate
[a] quais são os fundamentos morais favoráveis à interrupção de gestação de fetos anencéfalos;
[b] quais são os fundamentos jurídicos favoráveis à interrupção de gestação de fetos anencéfalos;
[c] quais são os fundamentos morais contrários à interrupção de gestação de fetos anencéfalos; e
[d] quais são os fundamentos jurídicos contrários à interrupção de gestação de fetos anencéfalos.

União homoafetiva

Notícias STF Quinta-feira, 02 de julho de 2009

PGR pede que STF equipare união homossexual estável à relação estável entre homem e mulher

A procuradora-geral da República, Deborah Duprat, ajuizou nesta quinta-feira (02), no Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 178) com o propósito de levar a Suprema Corte brasileira a declarar que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Pede, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis sejam estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A petição da procuradora-geral está instruída com cópia da representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e pareceres dos professores titulares de Direito Civil e de Direito Constitucional da Universidade do Estado do

Rio de Janeiro (UERJ) Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso.

A ela estão também anexadas cópias de decisões judiciais violadoras de preceitos fundamentais na questão em debate.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) pede que a ação seja distribuída por dependência à ADPF nº 132, ajuizada pelo Governador do estado do Rio de Janeiro versando questão conexa. Essa ação foi distribuída ao ministro Carlos Ayres Britto.

Igualdade
Na ação, a PGR sustenta que a união entre pessoas do mesmo sexo "é, hoje, uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil". E lembra que, em sintonia com essa realidade, muitos países vêm estabelecendo formas diversas de reconhecimento e proteção dessas relações.

"A premissa destas iniciativas é a ideia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo a sua própria identidade e dignidade", sustenta a procuradora-geral. (...) Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110522

Questões para o debate
Identifique e discuta
[a] os fundamentos morais favoráveis à união homoafetiva;
[b] os fundamentos jurídicos favoráveis à união homoafetiva;
[c] os fundamentos morais contrários à união homoafetiva; e
[d] os fundamentos jurídicos contrários à união homoafetiva.

Unidade 2 Direito Público e Organização do Estado

Olá

Na **Unidade 1** estudamos os fundamentos da **Teoria Geral do Direito**, em especial, dedicamos nosso debate a esclarecer quais são os elementos conceituais do direito.

Espero que você tenha refletido as diferenças entre **direito, ética e moral**, bem como tenha compreendido o funcionamento da **norma** e do **ordenamento** jurídico diante dos casos apresentados.

Nesta **Unidade 2** vamos avançar nossa discussão sobre o campo do Direito Público. Nossos tópicos de estudo serão:

[a] O Estado e o Direito

[b] O Estado e a Constituição

Ao final desta **Unidade 2** você será convidado a pesquisar e a refletir sobre os **vínculos jurídicos** entre as diferentes esferas do **Estado brasileiro**.

Bom trabalho,
Prof. Rafael

O Estado e o direito

Para o estudo do Direito é muito importante recuperar a história de formação do **Estado nacional na Modernidade**.

Estamos, portanto, pressupondo a evolução da organização política desde o modelo **absolutista** - típico da *era medieval* - ao modelo de **Estado de Direito** - modelo típico da *modernidade.*

[1] Essa expressão - **Estado de Direito** - quer nos indicar que a organização política detentora do monopólio do uso legítimo da força (Estado) está submetido a uma organização racional normativa geral com força coercitiva (Direito). De modo comparativo, podemos dizer que o Estado de Direito é um Estado limitado pelo Direito.

Logo, o Estado nacional moderno é **Estado de Direito** por estar ***submetido às ordens do Direito***. Ou seja, o Direito limita e prescreve quais são as ações possíveis do Estado.

[2] Por outro lado, a **formação do Estado nacional** conduziu a um processo de desestruturação e de eliminação de outras ordens de regulação. Veja os casos de unificação espanhola, alemã, francesa - ou mesmo o processo de afirmação do Estado português sobre as nações indígenas brasileiras.

O Estado nacional se consolida pela exclusão de outros centros de poder normativo (outros reinos, senhores feudais, autoridades eclesiásticas, costumes etc). Nasce, então, o Estado nacional quando se obtém o **monopólio do poder normativo**, isto é, o poder de ser o único centro com autoridade de prescrever o **Direito**.

Logo, o Estado nacional moderno é **Estado de Direito** por ser a única organização com o ***poder de dizer o direito***. Isto é, o Estado de Direito é o Estado que tem o poder de criar Direito por meio das leis.



Capa da edição original do Leviatã (1651).
http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Hobbes

Três pensadores foram fundamentais para a consolidação do Estado Moderno:

> **[Hobbes]** *"enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra"*
>
> **[Locke]**“*Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens (...) O trabalho braçal aplicado a qualquer objeto que antes pertencia a todos, torna esse objeto propriedade exclusiva*”
>
> **[Rousseau]***"O homem nasce livre, e em toda parte é posto a ferros . Quem se julga o senhor dos outros não deixa de ser tão escravo quanto eles."*

Cada qual construiu uma metateoria política para justificar a existência do Estado.

Em especial, as teorias do contrato social buscam argumentos racionais para explicar o conflito entre os homens, ou melhor dito, entre o indivíduo e a sociedade. Diante disso, os autores procuram explicar a transformação do ***"estado de natureza"*** para o ***"governo civil"*** como estratégia de minimizar os conflitos e atingir certos objetivos comum.

Igualmente importante nas obras contratualistas são os conceitos de **propriedade** e de **liberdade** - que debateremos no caso brasileiro.

Nosso estudo pretende apresentar a **evolução do Estado na Modernidade** segundo os paradigmas:

[a] Paradigma do Estado Liberal: associado às revoluções burguesas; a limitação dos poderes do governante; à afirmação do Estado Nacional; aos direitos individuais e políticos. Reflita sobre o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *"A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão"*.



Tio Sam, personagem símbolo dos EUA
http://pt.wikipedia.org/wiki/Tio_Sam

[b] Paradigma do Estado Social: surge a partir da crítica sobre a liberdade liberal que não conduzia ao desenvolvimento da sociedade. Os movimentos sociais tiveram importante papel de reivindicação de um Estado provedor e na proposição de novos direitos. Discuta o art. 6º da Constituição Federal: *"São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"*



Karl Marx, um dos autores do Manifesto Comunista
http://pt.wikiquote.org/wiki/Karl_Marx

[c] Paradigma do Estado Democrático: este novo paradigma surge pela insuficiência das liberdades individuais e dos direitos sociais, que não consideravam o cidadão como um sujeito relevante para as decisões políticas. Surgem os direitos de participação, a democracia participativa e os direitos difusos. Você já participou de alguma "audiência pública"? "orçamento participativo"? Você já pediu cópia de algum documento público? Como você vai no "plebiscito popular pelo limite da propriedade da terra"?



Promulgação da Constituição Brasileira (05/10/1988)
Foto: Arquivo ABr download: 1050AABr0048

Para aprofundar a discussão sobre as ideologias que orientam os paradigmas, leia: ASSY; ALVES. *Ideologias mundiais*. . Rio de Janeiro: Direito. FGV. Disponível em: http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/9/9f/Ideologias_Mundiais.pdf, 2005.

Regime jurídico público e o Princípio da Legalidade
No campo do **Direito Público** impera o **Princípio da Legalidade**, ou seja, o Estado somente atua ***se*** e ***conforme*** a lei determinar. Toda a ação do Estado deve estar previamente definida em normas jurídicas.

Veja alguns questionamentos que podem ser respondidos pelo princípio da legalidade:
[a] Quem define o valor do imposto de renda?
[b] Quem decide a declaração de calamidade pública?
[c] O presidente da república é livre para definir seu horário de expediente?
[d] Um fiscal de trânsito pode exigir o pagamento de taxas?
[e] O professor poder dar um ponto extra ao aluno?

O art. 37 da Constituição Federal assim prescreve:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** (...)

Esses são os princípios constitucionais da Administração Pública. São esses cinco princípios que fundamentam o regime jurídico administrativo e desses princípios decorrem todas as regras de direito administrativo. Por isso, é fundamental compreendermos o conteúdo de cada princípio e seu mecanismo de funcionamento.

O **Princípio da Legalidade** é dedução imediata do conceito de **Estado de Direito**. Esse modelo de Estado de Direito foi consolidado na Modernidade a partir das revoluções burguesas em oposição ao absolutismo.

Antes, no **regime absolutista**, o governante era sagrado e estava acima da lei e dos súditos, detinha o poder de determinar as regras e os interesses de toda a nação.

Agora, no **Estado de Direito**, as regras seriam impostas a partir da coletividade, especialmente, por seu representantes eleitos para o Poder Legislativo, que detém a função de dizer o que é direito, quais são os poderes e limites do poder, quais são os direitos e deveres do cidadão.

É, pois, dessa oposição entre **poder absolutista** e **poder limitado pelo direito**, que devemos compreender o Estado de Direito. O Estado de Direito é o Estado do poder limitado pela legalidade. Enfim, todas as ações do Estado estão submetidas ao Direito.

Para nosso estudo é importante observar que o **Princípio da Legalidade** está ligado diretamente ao modelo de **organização burocrática**. A racionalidade, a organização e a segurança do modelo burocrático têm fundamento na previsão da lei. Toda ação é previamente regulada pela lei, diferentemente do campo privado em que impera a autonomia da vontade e a livre iniciativa.

O **Princípio da Legalidade**, apesar do nome, quer dizer que toda a ação do Estado deve ser em **conformidade com o Direito**. Direito esse que pode ser apresentado na Constituição, em Tratados internacionais aprovados, leis complementares, leis ordinárias, decretos, resoluções, instruções normativas, portarias etc.

O que conforma o Princípio da Legalidade será sempre um **conteúdo normativo público formal**. Toda norma formalmente produzida pelo Estado segundo procedimentos previamente definidos em lei.

Em conclusão: toda ação do Estado e de seus agentes devem ter **fundamento legal**, ou fundamento jurídico. O Estado não pode atuar se não houver autorização expressa. Não há dentro do Estado ou para os seus agentes a **"autonomia da vontade"**. A vontade do Estado é a **"vontade da lei"**. Ou seja, a vontade geral que foi formalmente inscrita em lei.

Para proteger o cidadão contra a violação do Princípio da Legalidade, a Constituição assegura:

> CF, art. 5º, LXVIII - conceder-se-á **"habeas-corpus"** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, **por ilegalidade ou abuso de poder**;
>
> CF, art. 5º, LXIX - conceder-se-á **mandado de segurança** para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela **ilegalidade ou abuso de poder** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
>
> CF, art. 74 §2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, **denunciar irregularidades ou ilegalidades** perante o Tribunal de Contas da União

Ao lado do conceito de **legalidade** (conformidade com o direito) você deve adotar o conceito de **legitimidade**, (argumento reconhecidamente válido para justificar o uso do poder).

Reflita sobre legalidade e legitimidade segundo os tipos ideais de:

- [a] **dominação tradicional**
- [b] **dominação carismática**
- [c] **dominação burocrática**.

Constituição e norma fundamental

Conforme estudamos na Unidade 1, apreendemos que o **direito** tem elementos distintivos que o fazem ter prevalência sobre o **comportamento humano** em razão dos atributos da **coercitividade**.

Todavia, o direito enquanto **norma jurídica** isolada não obtém os resultados esperados de regular a ação humana. Por isso, avançamos para observar a estrutura e o funcionamento do direito enquanto **ordem jurídica**.

Na Modernidade, a partir da formação do Estado nacional, consolidamos a compreensão de uma **ordem jurídica estatal positiva**. Você compreende essas expressões: **ordem? estatal? positiva?**

Hans Kelsen, um dos fundadores da teoria pura do direito positivo, ensina que o ordenamento jurídico é um **sistema normativo** que mantém sua **validade** porque há uma **norma fundamental**. Essa norma fundamental é o pressuposto lógico e normativo do qual descende a validade de todas as outras normas.

Operacionalmente, atribuímos a **Constituição Federal** a função de norma fundamental, integradora e legitimadora do ordenamento jurídico.

Para orientar o debate sobre a hierarquia das normas jurídica e a força normativa da Constituição, vamos ler a **aula 4 de**: Falcão, Joaquim et al. 2009. **Teoria do direito constitucional.** Rio de Janeiro: FGV Direito. pp. 28 a 31.

O Constitucionalismo poder ser entendido como um amplo processo histórico por meio do qual associamos a consolidação de uma organização política específica (o Estado) vinculada a uma organização jurídica especial (Constituição).

Historicamente observamos um movimento crescente de **limitação dos poderes** do monarca absolutista e uma ampliação dos **direito individuais**.

Desde Montesquieu, o Estado moderno será aquele em que os poderes do governante, além de limitados, serão divididos em instâncias diferentes. Assim, teremos o Poder distribuído entre **Poder Executivo**, **Poder Legislativo** e **Poder Judiciário**.

Os contratualistas (Hobbes, Locke, Rousseau), em paralelo, contribuem para nos explicar os fundamentos da **liberdade**, da **propriedade** e da **igualdade**.

É certo que o Estado preexistiu a ideia moderna de Constituição; porém, hoje, o Estado somente assim é definido se estiverem presentes elementos do constitucionalismo.

Portanto, o **Estado de Direito** a que nos referimos, é o **Estado Constitucional**. Isto é, o Estado que está submetido a uma norma superior com força vinculante sobre a ação dos indivíduos e do Estado.

Vejamos alguns documentos que orientaram a construção do constitucionalismo:
Carta Magna, 1215, Inglaterra
Declaração de Direitos, 1689, Inglaterra
Declaração da Independência dos EUA, 1776
Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789



A Liberdade guiando o povo, de Eugène Delacroix, 1833
http://pt.wikipedia.org/wiki/A_Liberdade_Guiando_o_Povo

Como visto, a **Constituição** é a norma máxima de uma ordem jurídica, que orienta toda a ação do Estado e dos indivíduos.

Na Teoria da Constituição é comum a distinção entre **Poder Constituinte** e **poderes constituídos** para a análise da organização do Estado.

O **Poder Constituinte** é o poder originário, fundador do Estado. No caso brasileiro, o Poder Constituinte fez-se presente na Assembleia Constituinte.

Reveja alguns momentos da Constituinte brasileira e *os poderes* do Poder Constituinte a partir do Documentário da TV Senado:
http://www.senado.gov.br/noticias/tv/programaListaPadrao.asp?COD_VIDEO=1441

E anote os fundamentos da exposição de Ulysses Guimarães: http://www.youtube.com/watch?v=A5GIhmNwanY

Um dos fundamentos do Estado Moderno, e portanto, do Estado de Direito é o **princípio da separação entre os poderes** executivo, legislativo e judiciário.

Essa divisão de funções é argumentada **[1]** a partir da *crítica ao regime absolutista* anterior e **[2]** a partir do ideário da *democracia liberal.*

Tal pressuposto assenta suas raízes no pensamento de Montesquieu e, em nosso país, encontra seu fundamento na Constituição Federal:

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por isso, diz o art. 2º que os poderes são independentes e harmônicos:

[a] **Poder Legislativo**
[b] **Poder Executivo**
[c] **Poder Judiciário**

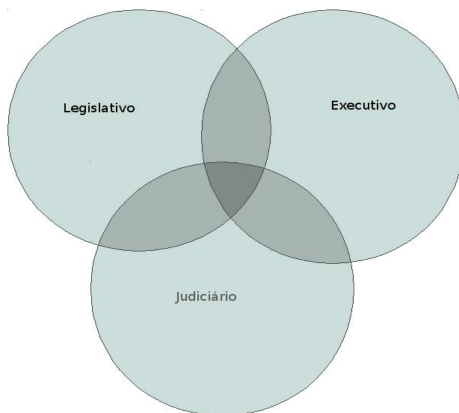


http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/

Essa independência e harmonia serão detalhadas na própria Constituição, em seus arts.44 a 135, reunidos no Título IV: **Da Organização dos Poderes**.

Assim, segundo nossa Constituição Federal, cada função foi atribuída a um centro de poder constituído. Ou seja, cada **Poder** exerce uma determinada **função** com predominância.

Contudo, as funções não estão restritas apenas a um poder. Assim, temos o seguinte gráfico:



Funções típicas e funções atípicas
A partir do gráfico acima, percebemos que, além das funções típicas, cada poder instituído exerce funções atípicas. Veja os arranjos possíveis:

o Poder Legislativo exerce função administrativa;
o Poder Legislativo exerce função jurisdiciona;
o Poder Executivo exerce a função legislativa;
o Poder Executivo exerce a função jurisdicional;
o Poder Judiciário exerce a função executiva;
o Poder Judiciário exerce a função legislativa.

No caso brasileiro, soma-se, à clássica divisão do poder em funções, a divisão do poder em três esferas - que denominamos **entes político-administrativos**.

São entes **"políticos"** porque detêm competências para legislar e são **"administrativos"** porque detêm competências para organizar a sua própria administração (bens, recursos, pessoal).

A **Constituição Federal** orienta a construção da Organização Administrativa do Estado:

> **Art. 18.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Temos, aí, que o Estado brasileiro adota o **Federalismo**, com três esferas político-administrativo:

- [a] **União**
- [b] **Estados-membros**
- [c] **Municípios**

Esses **entes político-administrativo** tem

- [a] **autonomia política**
- [b] **autonomia administrativa**
- [c] **autonomia financeira.**



Brasil, 1534
http://upload.wikimedia.org/

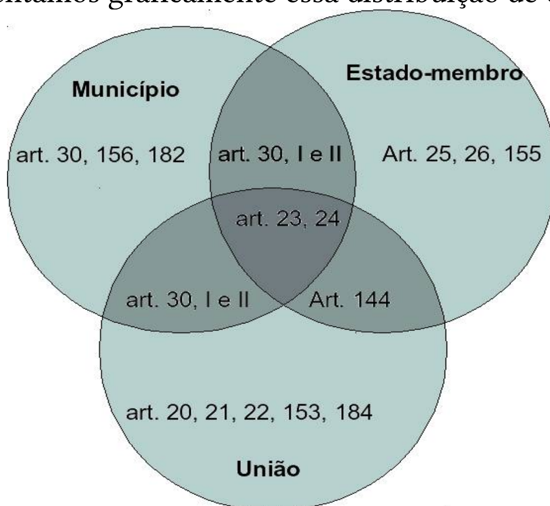


Brasil, hoje
http://upload.wikimedia.org/

Importante compreender que não há uma hierarquia entre os entes político-administrativos. E, para se evitar o conflito entre eles, a Constituição Federal distribuiu as competências (poderes) entre União, estados e municípios da seguinte forma:
art. 22 Competências legislativas privativas da União
art. 21 Competências executivas exclusivas da União
art. 23 Competências executivas comuns a União, aos estados-membros e aos municípios
art. 24 Competências legislativas concorrentes a União, aos estados-membros e aos municípios
art. 25 Competências executivas dos Estados-membros
art. 30 Competências dos municípios

Leia com atenção esses artigos constitucionais!

Apresentamos graficamente essa distribuição de competências:



Escolha um objetivo de Estado e correlacione-o a uma competência federal, a uma competência estadual e a uma competência municipal.

Por fim, lembre-se de que conflitos podem ocorrer entre os entes da federação. E, em alguns casos, pode ocorrer a **intervenção** de um sobre o outro.

Questões para discussão

Leia com atenção os artigos 34, 35 e 36 da Constituição Federal
Reflita sobre os limites do Estado de Direito.
Em que casos é possível a intervenção da União sobre o estado-membro? Tais hipóteses já ocorreram em nossa história? Houve intervenção? Por quê?

[a] Pesquise uma norma jurídica municipal.

[b] Demonstre quais são os vínculos jurídicos entre os Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo, Judiciário) para a eficácia da norma escolhida.

[c] Demonstre quais são as relações entre os Entes da Federação (União, estados, municípios) para a eficácia da norma jurídica escolhida.



Minas Gerais, 1750
http://pt.wikipedia.org/wiki/Evolução_territorial_do_Brasil



Minas Gerais, hoje
http://pt.wikipedia.org/wiki/Minas_Gerais

Unidade 3 Direito Privado e Direitos Fundamentais

Olá,

Na **Unidade 1** estudamos os fundamentos da **Teoria Geral do Direito**, em especial, dedicamos nosso debate a esclarecer quais são os elementos conceituais do direito.

Na **Unidade 2** estudamos os elementos constitutivos do **Estado de Direito**, destacando a força normativa da **Constituição** e suas normas de organização do **Estado brasileiro**.

Nesta **Unidade 3** nossa atenção se volta aos **Direito Fundamentais**, sua indivisibilidade e sua efetividade. Siga os tópicos de estudo:

[a] Indivisibilidade dos Direitos Humanos
[b] Elementos do direito privado

Ao final desta **Unidade 3** você deverá compreender os vínculos entre os direitos fundamentais, os conceitos de pessoa, bens e contrato, bem como o papel do Estado para promoção da cidadania.

Bons estudos,
Prof. Rafael

Direito Público e Direito Privado

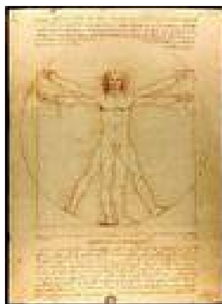
Inicialmente, devemos apontar que a clássica divisão entre direito público e direito privado tem a finalidade didática de exposição dos conteúdos. Logo, não há propriamente uma **ordem jurídica de direito público** em oposição à uma **ordem jurídica de direito privado**.

Nesse sentido, veja a lição de: Venosa, S. (2004). *Direito civil - Parte Geral. vol. 1.* São Paulo: Atlas. pp. 73-75.

Mais recentemente, tem crescido os estudos sobre a **constitucionalização do direito civil**.

Ou seja, se antes o **Código Civil** era tomado como a constituição das relações privadas; hoje, a força normativa da **Constituição** impõe normas (princípios e regras) para toda regulação entre particulares.

Veja os comentários de: **Barroso, Luis Roberto. 2009. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. pp.366-372**



Homem de Vitrúvio, por Leonardo da Vinci (1485-90)
http://pt.wikipedia.org/wiki/Homem_vitruviano

Em nossa tradição ocidental , o **direito** buscou fundamentos em um **jusnaturalismo**. Seja de origem **divina**, **moral, consuetudinária** ou **racional**, o jusnaturalismo indica haver um fundamento anterior ou superior para o direito.

Assim, historicamente, tivemos momentos em que foi reconhecida uma certa **dignidade** do **ser humano** que precisaria ser protegida, frente aos riscos sociais.

Assim, tivemos diversas **declarações de direito** na história do constitucionalismo moderno que confirmam a centralidade da **dignidade humana** como **fundamento do direito e do Estado**.
Carta Magna, 1215, Inglaterra
Declaração de Direitos, 1689, Inglaterra
Declaração da Independência dos EUA, 1776
Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, França

Contudo, em 1948, foi aprovada a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, documento esse que pretende consolidar um sistema internacional de proteção à dignidade humana.

Contudo, é importante considerar a crítica de **Hannah Arendt**, para quem, os **direitos humanos** são altamente dependentes da **cidadania**.

Para aprofundar essa discussão, discuta: Arendt, Hannah. 1989. Origens do totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras.pp. 300-336

Assim, os **direitos humanos** são garantidos e protegidos enquanto o **ser humano** mantiver sua condição de **sujeito de direitos** reconhecido pelo **Estado**. Uma vez perdida a condição de cidadão, o ser humano perde seus direitos humanos e sua dignidade.

Nesse momento, portanto, devemos associar mais francamente o conceito de **direitos humanos** ao conceito de **Estado de Direito**.

No contexto brasileiro, os direitos humanos foram reconhecidos pelo Estado por meio de tratados internacionais:
Declaração Universal dos Direitos Humanos
Pacto internacional sobre direitos civis e políticos
Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais
Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial
Convenção contra tortura
Convenção contra discriminação no ensino
Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher

Mas, de modo imperativo, a **Constituição de 1988** assim determina:

> **CF, art. 5º § 3º** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ademais, os **direitos humanos** foram reconhecidos e convertidos em **direitos fundamentais**, presentes em diversos dispositivos da Constituição de 1988



http://pt.wikipedia.org/wiki/Nações_unidas

A **Constituição** de 1988 estabelece a **dignidade da pessoa humana** como **fundamento do Estado** brasileiro (CF, art. 1º, III). Na sequência, os art. 5º e 6º estabelecem os direitos individuais e sociais:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Podemos adotar uma apresentação dos direitos segundo uma evolução teórico histórica, que compreende:

> **[primeira geração]** direitos individuais e políticos - princípio da liberdade
> Veja: Constituição Federal, art. 5º.
>
> **[segunda geração]** direitos econômicos, sociais e culturais - princípio da igualdade
> Veja: Constituição Federal, arts. 6º, 194, 205, 215.
>
> **[terceira geração]** direitos difusos, democráticos, intergeracionais - princípio da solidariedade. Veja: Constituição Federal, arts. 182, 225.

Liberdade
Igualdade
Fraternidade

Pobreza
Desemprego
Discriminação





http://blogs.mediapart.fr/en/blog/citoyen-contestataire-et-decomplexe/220209/crise-mon-combat-aux-armes-cul-terreux

Assim, podemos observar na constituição **direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos**.

Leia com atenção os arts. 5º e 6º e discuta o Estado de Direito, a partir do argumento de José Afonso da Silva:

> "Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõem deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder. (Silva, José Afonso da. 2005. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros.p. 196)

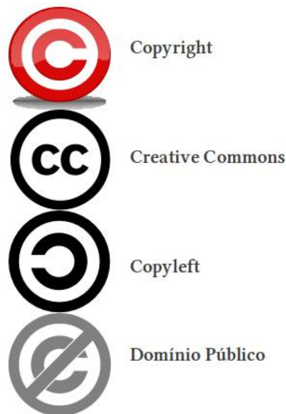
Nosso estudo deve considerar que o Estado brasileiro reconhece um certo modo de produção capitalista e, por isso, garante os seus fundamentos:

[a] **a pessoa**: o indivíduo é uma sujeito de direito, dotado de liberdade;

[b] **a propriedade**: é a extensão do indivíduo, que a mantém com exclusividade;

[c] **o contrato**: é a garantia de estabilidade das relações entre os indivíduos.

Alguns direitos sobre a propriedade:



http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft

Como visto, nosso **Estado** se fundamento a partir da **dignidade da pessoa humana**. Daí, a importância de se conhecer o que vem a ser pessoa para o direito e suas consequências jurídicas.

A **pessoa** pode ser compreendida como o **sujeito de direitos e de deveres**. Isto é, a pessoa vem a ser aquele ser, considerado pelo direito e pelo Estado, como capaz de se relacionar por meio das normas jurídicas.

Logo, precisamos diferenciar a **pessoa (sujeito de direito)** e os **objetos** (bens submetidos a vontade de uma pessoa).

Lembre-se de que nem sempre a dignidade foi atribuída a todos os seres humanos, mesmo no Brasil, até 1888, parcelas da população humana eram objetos de comércio.



Escravidão no Brasil, de Debret, (1768-1848)
http://en.wikipedia.org/wiki/Debret

Quem é pessoa e quem é coisa na imagem retratada por Debret? Qual é o estatuto jurídico da pessoa e de sua coisa?

Para nossos dias, o Código Civil traz uma definição inicial:

> **Código Civil, Lei 10.406/2002, Art. 1º** Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Contudo, o que mais nos orienta para a definição da **pessoa** vem a ser os direitos atribuídos pelo Estado.

Assim, junto ao rol de **direitos fundamentais** expressos na **Constituição** de 1988, o Código Civil estabelece contornos e limites aos **direitos da personalidade**: vida, corpo, nome, honra, privacidade etc.

Leia com atenção os art. 11 a 20 do Código Civil.

Todavia, além da pessoa natural, o direito reconhece as **pessoas jurídicas** como sujeitos de direito e, assim, são classificadas:

> **Código Civil, art. 40** - As pessoas jurídicas são de direito público, interno e externo, e de direito privado
>
> **Código Civil, art. 41** - São pessoas jurídicas de direito público interno:
> I - a União;
> II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III - os Municípios;
> IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
> V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
>
> **Código Civil, art. 44** - São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas;
> V - os partidos políticos.

Os **bens** são os objetos possíveis para a relação jurídica. Assim, consideraremos que **sujeitos de direito** (pessoas) constituem **relações jurídicas** que terão por objeto final um **bem** (material ou imaterial; móvel ou imóvel; singular ou universalidade).

O Código Civil traz regras especiais para a classificação dos bens, nos arts. 79 a 103. Para nosso estudo, será importante observar com especial cuidado os bens públicos:

> **Art. 99.** São bens públicos:
> I - os de **uso comum** do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
> II - os de **uso especial**, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
> III - os **dominicais**, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Ainda há outros atributos jurídicos especiais dos bens públicos:

[a] **indisponibilidade**
[b] **inalienabilidade**
[c] **imprescritibilidade**
[d] **imunidade tributária**

Todavia, o principal elemento caracterizador dos bens será apontado pela Constituição, quando define:

[a]Art. 5º, XXII
É garantido o direito de propriedade; e
[b] Art. 5º, XXIII
A propriedade atenderá a sua função social;

Logo, todos os bens que possam ser objeto de propriedade devem cumprir uma função social, isto é, cumprir uma função socialmente determinada.

Em especial, a **propriedade imóvel urbana** cumpre sua sua função social quando observa o **art. 182** da Constituição e a legislação urbanística municipal. A **propriedade imóvel rural** cumpre a função social quando atende o **art. 186**, da Constituição.

O **Código Civil** reafirma o direito de propriedade condicionado ao cumprimento da função social:

> **art. 1.228 § 1o** O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Assim, já não é possível admitir como legítimo o não-uso ou o uso danoso. Assim, o proprietário deve cumprir a **função social** se desejar receber a **garantia do direito de propriedade**.

Em 1500, os bens dos indígenas estavam disponíveis, alienáveis, prescritíveis e tributável ao Rei de Portugal? Quem era proprietário? Quem cumpria uma função social?



Primeira Missa no Brasil, de Victor Meirelles, 1860
http://pt.wikipedia.org/wiki/A_primeira_missa_no_Brasil

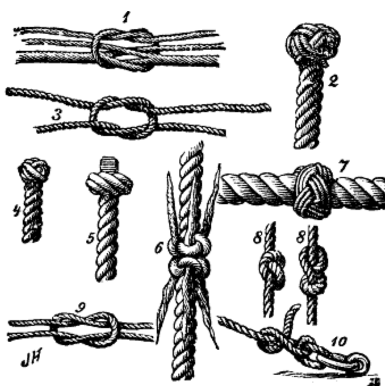
A **liberdade** é um dos fundamentos do **Estado** e do **direito**. Veja os dispositivos da **Constituição**:

art. 1º, IV fundamento do Estado
art. 3º I , objetivo do Estado
art. 5º, direito fundamental
art. 170, fundamento da ordem econômica

Uma das principais expressões da **liberdade** está na **autonomia da vontade** garantida pelo direito.

Ou seja, a autonomia autoriza a pessoa (sujeito de direito) a expressar sua vontade e firmar relações jurídicas livremente, desde que não ofenda a ordem jurídica.

Todavia, observando o mundo real que não atribui igualdade natural entre os indivíduos, o **direito** também avançou para **regular a liberdade de contratar**. Tanto nas **relações de empresa** quanto nas **relações de trabalho** (veja os art. 7º a 11 da Constituição).



http://en.wikipedia.org/wiki/File:Nf_knots.png

Assim, o novo Código Civil abandonou a concepção liberal clássica e admitiu a **função social do contrato**:

Código Civil, Lei 10.406/2002,

> **Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato
>
> **Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
>
> **Art. 423.** Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
>
> **Art. 424.** Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio

Uma importante consequência desse novo arranjo da ordem jurídica está nas regras especial do **direito do consumidor**. **Veja** o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078

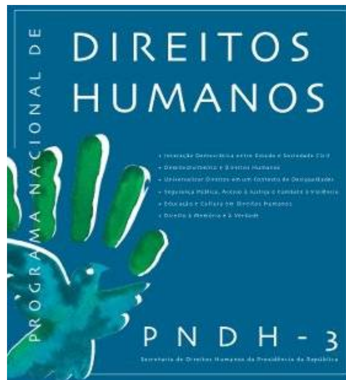
Converse brevemente com **Miguel Reale** sobre a **função social do contrato**, aqui: http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm

[a] Pesquise sobre a **indivisibilidade dos direitos fundamentais** e sobre as **políticas públicas de efetividade dos direitos fundamentais.**

[b] Conheça o **III Programa Nacional de Direitos Humanos** (PNDH-3), aprovado pelo Decreto 7030/2009; e escolha uma diretriz que mais lhe interesse.

[c] Identifique quais são os **direitos fundamentais** dependentes da diretriz escolhida por você.

[d] Identifique quais são as **políticas públicas municipais** consequentes da diretriz escolhida por você.



http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/index.html

Unidade 4 Transformações do direito e da sociedade

Olá,

Na **Unidade 1** conhecemos fundamentos da **Teoria Geral do Direito** e discutimos os elementos conceituais do direito, da norma jurídica e da ordem jurídica.

Na **Unidade 2** cuidamos do **Estado de Direito**, demonstrando como a **Constituição** organiza o Estado e o direito, em suas diferentes esferas (federal, estadual e municipal) e em seus diferentes poderes (legislativo, executivo e judiciário).

Na **Unidade 3** debatemos a fundamentação dos **Direito Fundamentais** e a necessidade de políticas públicas para sua efetividade.

Nesta **Unidade 4**, final, queremos apontas processos de transformação do Estado e do direito.
Assim sendo, propomos os seguintes tópicos de estudo:

- **[a] Transformações do direito**
- **[b] Direito e democracia**
- **[c] Direito e conflitos sociais**

Espero que este curso tenha contribuído para ampliar sua compreensão sobre os fundamentos do direito e, em especial, identificado os limites e as transformações do direito rumo a **democracia** e à **justiça social**.

Bons estudos,
Prof. Rafael

Como estudamos nas unidades anteriores, o **direito** vem a ser uma norma jurídica que pretende regular a conduta humana valendo-se de um **código normativo heterônomo coativo** a partir de uma **organização político-institucional** com o **monopólio do poder político** e com o **monopólio do uso legítimo da força**.

Assim sendo, o direito é uma **construção social**, que tem por objetivos a **manutenção da ordem promoção de certos valores**, histórica e espacialmente determinados em razão de:

[1] arranjos de poder político,
[2] estruturação social; e
[3] modo de produção econômico.

Neste momento, precisamos identificar alguns processos de mudança do direito.

Em nossa **Constituição Federal** encontramos algumas formas de transformação da ordem jurídica, seja pela **aprovação de novas leis** (arts. 61 a 69), seja por meio de **emendas à Constituição** (art. 60).

Será por meio de leis (ordinárias, complementares, medidas provisórias etc) que os dispositivos da Constituição Federal serão regulamentados e ampliadas suas formas de efetividade.

Quais são as **leis regulamentadoras** do art. 6º? Identifique leis

[a] federais;
[b] estaduais; e
[c] municipais

Reflita sobre os direitos sociais dos "Retirantes", de Cândido Portinari (1944):



http://www.portinari.org.br/IMGS/jpgobras/OAa_2733.JPG

Identifique políticas púbicas federais, estaduais e municipais para efetivar os direitos sociais desta família?

> Constituição Federal, art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

No caso das **Emendas à Constituição**, temos alguns limites, que denominamos **cláusulas pétreas**, ou seja, são fundamentos do Estado e do direito que não admitem restrição por meio do poder constituinte derivado tampouco pelos poderes construídos.

Art. 60§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Você poderia justificar por que não devemos alterar tais elementos?

Igualmente importante para a transformações do direito, é o processo de controle de constitucionalidade e controle de legalidade. No nosso sistema jurídico, admitimos esse **controle** por meio da via judiciária, tanto em **modo difuso** quanto em **modo concentrado**.

Para tanto, são especiais as ações previstas na Constituição Federal:

Habeas Corpus Habeas Data
Mandado de Segurança Mandado de Injunção
Ação Popular Ação Civil Pública
Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ação Direita de Constitucionalidade
Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental

Por fim, devemos destacar um processo singular de transformação do direito e da Constituição que é conhecido por **mutação constitucional**. Por meio desse processo, fortemente pautado por interpretação sobre os limites do direito e sobre as transformações sociais, podemos alterar o conteúdo jurídico sem, necessariamente, alterar o texto normativo.

Estado democrático

Um dos fundamentos do Estado e do direito é a democracia:

> **Constituição Federal, art. 1º Parágrafo único**. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Como consequência, temos estruturado um sistema de **democracia representativa** complexo e um processo contínuo de construção de um sistema de **democracia participativa**.

Comumente, a construção do direito foi feita por representantes do povo eleitos ou escolhidos, que deliberavam sobre o interesse público, vontade geral, bem comum etc.

Todavia, uma vez instaurado o Estado Democrático de Direito, revisamos nosso conceito de Estado de direito para uma terceira conceituação:

> **[1]** O Estado nacional moderno é **Estado de Direito** por estar ***submetido às ordens do Direito***.
> **[2]** O Estado nacional moderno é **Estado de Direito** por ser a única organização com o ***poder de criar o direito***.
> **[3]** o Estado nacional moderno é **Estado de Democrático de Direito** porque encontra seu fundamento de legitimidade na **participação direta dos sujeitos** que compõe o Estado - no nosso caso, todos os cidadãos, reconhecidos como sujeitos de direito de participar diretamente da deliberação pública estatal.

Contudo, não somente o **Estado** (Democrático de Direito), mas também o **direito** somente encontra seu fundamento de validade por meio da **participação direta dos cidadãos**.

Explicitamente, observamos essa participação dos cidadãos em audiências, consultas, debates, etc.

Você participa de qual democracia?



Urna eletrônica brasileira
http://pt.wikipedia.org/wiki/Democracia



Policiais fazem segurança reforçada em frente ao Ministério da Fazenda durante manifestação de integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e sindicalistas (14/09/2009)
http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Mil_força_segurança_brasilia_2009.jpg?uselang=pt-br

Veja alguns exemplos:

Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, art. 40§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Lei Complementar 101/2000, art. 48,Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Atualmente, observamos a construção de um **novo Estado** e de um **novo direito** - ambos democráticos - permeados pela participação direta da sociedade civil e dos cidadãos.

Em especial, para a elaboração e execução de políticas públicas, o Estado e o direito vem conformando um sistema composto por:

[a] **marco regulatório**
[b] **espaço de discussão pública**
[c] **instâncias democráticas de deliberação**
[d] **agência executiva**
[e] **fontes de financiamento.**

Você conseguiria identificar esses mecanismos de participação no seu município? Para mais detalhes leia: Alves, R. de O. (2009). Notas sobre os fundamentos comuns dos sistemas de políticas públicas. *Anais do VI Convibra.* São Paulo

Para nosso debate, será importante observar o processo democrático das **conferências públicas** como mecanismo de construção do **direito democrático**.

Leia com atenção: MATEOS. A construção da democracia participativa. In: IPEA. *Revista Desafios do desenvolvimento*, ano 8, nº 65, pp18-33.



O direito

Para nosso debate final, sobre os limites do Estado e do direito, trazemos algumas contribuições:

[a] "nós não nascemos iguais; nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado – ela não é physis, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política" (Arendt, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. p. 243).

[b] "as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza" *(Santos, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.* http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm*)*

[c] "Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência." Lyra Filho, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 55)

[d] Proposta de Emenda à Constituição nº 19/2010 (PEC da Felicidade): Dá nova redação ao art. 6º "São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622

Vamos refletir, a partir de Boaventura de Sousa Santos, o que vem a ser a regulação e a emancipação.

> **[1]** Em um primeiro momento, houve uma associação entre direito e lei, de tal modo que as normas jurídicas estatais foram consideradas instrumentos fundamentais da regulação social e da emancipação social. O Estado e o direito teriam por função a garantia da ordem e da emancipação humana.
>
> **[2]** Contudo, essa associação entre direito e normas estatais conduziu a uma redução do conceito de direito, isto é, o direito passou a ser definido unicamente a partir das leis estatais. Somente a lei poderia expressar a vontade geral e o direito.
>
> **[3]** Por fim, processou-se uma segunda redução: passou-se a restringir as possibilidades legítimas de emancipação àquelas normas de regulação impostas pelo Estado e pela classe dominante.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos alerta que houve a transformação das "*energias emancipatórias em energias regulatórias*". Leia-se: a emancipação possível passa a ser a conformidade à ordem imposta - **princípio da legalidade**!

Vejamos como as relações entre o **direito e os conflitos sociais** a partir de um caso concreto:

[a] Leia o texto:

Direito a moradia em Belo Horizonte, de Prof. José Luiz Quadros de Magalhães:
http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2010/06/direito-moradia-em-belo-horizonte.html

[b] Ouça a música:

"A outra cidade", de Makely Ka:
http://www.lastfm.com.br/music/Makely+Ka/_/A+Outra+Cidade

[c] Assista o vídeo:

"Ocupações Dandara, Camilo Torres e Irmã Doroty ameaçadas de despejo"
http://www.youtube.com/watch?v=tQNPbo4cXeo



[d] Localize o conflito, no Google Maps: **[Ocupação Dandara](#)**



Questões para discussão
Você, na qualidade de gestor público, analise quais são os conflitos sociais? Quais são os direitos em conflito?
Quem é sujeito de direito? Quem não é sujeito de direito?
O Estado garante qual direito?
O Estado reprime ou reconhece o conflito social? O Estado emancipa o cidadão?
Proponha uma solução jurídica de acordo com a ordem jurídica brasileira.

Proposta de atividade

---

[a] Pesquise um caso concreto de seu município em que há ou houve **violação/descumprimento do art. 6º da Constituição Federal**.

[b] Identifique o Estado e o direito no seu caso concreto;

[c] Proponha uma política pública para cada um dos entes político-administrativos da federação brasileira de acordo com a ordem jurídica brasileira.

Sistema operacional:
Ubuntu 11.04
http://www.ubuntu.com/

Suíte de escritório:
LibreOffice 3.0
http://www.libreoffice.org/

Navegador de internet:
Firefox 6.0
http://www.mozilla.org/pt-BR/firefox/

Imagens
Wikimedia Commons
http://commons.wikimedia.org/

Legislação
Portal do Planalto
http://www4.planalto.gov.br/legislacao